

De esta tabla, se desprende que el llamado “derecho al cuidado” no cumple con los elementos del derecho consuetudinario. Lo anterior, toda vez que no cuenta con un uso reiterativo, uniforme y sin interrupciones. Como se observa en el cuadro, los Estados de la región que han avanzado en la protección de cuidadores y personas que requieren cuidado, no mencionan de manera explícita este “derecho” y menos como un derecho autónomo, sino que lo establecen como futuras propuestas de políticas públicas en materia de protección de la familia y/o las personas con discapacidad. Así, se puede concluir que los Estados no consideran que el cuidado es un derecho humano autónomo, con obligaciones especiales y específicas para los Estados.

Finalmente, es importante establecer que existen en el derecho internacional normas de *soft law* que han señalado la existencia de un derecho al cuidado. Así, la construcción del denominado derecho al cuidado tiene sus inicios en la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, que tuvo lugar hace poco más de 45 años. Como se planteó previamente, el cuidado se ha desarrollado por su conexidad con otros derechos y su relación con determinados grupos poblacionales y se basa en los principios de “progresividad y no regresividad y, corresponsabilidad social y de género.”⁹¹ Adicionalmente otros instrumentos de *soft law* han avanzado en el mencionado derecho, dentro de estos se encuentra la Conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe (2013), en la cual se reconoce el cuidado como:

“un **derecho de las personas** y, por lo tanto, como una **responsabilidad que debe ser compartida por hombres y mujeres** de todos los sectores de la sociedad, las familias, las empresas privadas y el Estado, adoptando medidas, políticas y programas de cuidado y de promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la vida familiar, laboral y social que liberen tiempo para que las mujeres puedan incorporarse al empleo, al estudio y a la política y disfrutar plenamente de su autonomía”⁹². (Negrilla fuera de texto)

En posteriores conferencias, específicamente la realizada en 2022, se reafirmó el alcance e interdependencia de este “derecho” y, se manifestó la necesidad de implementar políticas públicas para hacer más efectivo el goce de este derecho, así:

“Reconocer el **cuidado** como un **derecho** de las **personas a cuidar, a ser cuidadas y a ejercer el autocuidado** sobre la base de los principios de igualdad, universalidad y corresponsabilidad social y de género y, por lo tanto, como una responsabilidad que debe ser compartida por las personas de todos los sectores de la sociedad, las familias, las comunidades, las empresas y el Estado, adoptando marcos normativos, políticas, programas y sistemas integrales de cuidado con perspectiva de interseccionalidad e interculturalidad, que **respeten, protejan y cumplan los derechos de quienes reciben y proveen cuidados** de forma remunerada y no remunerada, que prevengan todas las

⁹¹ A. Gúezmes García y M. N. Vaeza (coords.), (2023), “Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad del cuidado con igualdad de género”, Documentos de proyectos (LC/TS.2022/175/Rev.1), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), p. 9

⁹² Organización de las Naciones Unidas (2013), Duodécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Numeral 57 del Consenso de Santo Domingo .

formas de acoso sexual y laboral en el mundo del trabajo formal e informal y que liberen tiempo para que las mujeres puedan incorporarse al empleo y a la educación, participar en la vida pública, en la política y en la economía, y disfrutar plenamente de su autonomía”.⁹³
(Negrilla fuera de texto)

Dado que el cuidado es realizado principalmente por mujeres, el enfoque de género se ha hecho indispensable para abordar la problemática en torno al reconocimiento del cuidado como derecho⁹⁴. De ahí que, la Observación General núm. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, del Comité CEDAW⁹⁵, hizo énfasis en la necesidad de reconocer, para las mujeres que se dedican exclusivamente al cuidado de adultos mayores y niños, el acceso a prestaciones sociales y económicas⁹⁶. Vale la pena señalar que este instrumento no establece el cuidado como un derecho.

En esta misma línea, otros instrumentos del derecho internacional, como la Declaración de San José sobre el Empoderamiento Económico y Político de las Mujeres de las Américas, de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Observación General número 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad -del Comité DPD-, reconocen la función que desempeñan las mujeres como principales proveedoras del cuidado y hacen un llamado a los Estados para implementar las medidas necesarias que les garanticen su protección social y la no discriminación⁹⁷.

Es importante recordar que las normas de *soft law*, aunque importantes insumos del derecho internacional no generan obligaciones para los Estados en tanto su carácter no vinculante. Así, las disposiciones antes reseñadas, algunas de las cuales en todo caso no reconocen un derecho autónomo, pueden ser tomadas como criterios interpretativos y como lineamientos para el diseño de políticas públicas, pero de ninguna manera como fuentes de obligaciones internacionales para los Estados.

En conclusión, sería contrario al *corpus iuris* internacional establecer que el derecho internacional de los derechos humanos incluye un derecho autónomo al cuidado, y que este se predica de todos los integrantes de la familia humana. Una conclusión de esta naturaleza no solo sería evidentemente infundada sino riesgosa. Así, no habiendo fuente convencional que sustente el presunto derecho, en particular fuente que le otorgue competencia a la Corte IDH, su establecimiento sería un ejercicio de creación del derecho, que extralimita las funciones de la H. Corte, y contraviene el texto de la Convención Americana sobre las formas de reconocimiento de nuevos derechos. En

⁹³ Sobre los Estados que han ratificado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del 2015, recuperado de: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

⁹⁴ Organización de las Naciones Unidas (2010), Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁹⁵ Organización de las Naciones Unidas (2010), Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Declaración de San José sobre el Empoderamiento Económico y Político de las Mujeres de las Américas. Comité DPD. Observación General N. 3.

segundo lugar, si la H. Corte llegara a crear el mencionado derecho tendría que dotarlo de un contenido claro, lo que puede resultar en un ejercicio reduccionista que no tome en cuenta los cuidados particulares que requiera cada población vulnerable, con el fin de asegurar sus propios derechos. Así, los cuidados requeridos por un adulto mayor son diferentes a los requeridos por un niño, y los que requiere una persona con discapacidad, y entre esos grupos poblacionales también existen profundas diferencias que requerirán cuidados diferenciados. **Así, el cuidado se constituye como un medio esencial para la protección de derechos humanos, pero no es un derecho en sí mismo.**

4.3. La Corte IDH puede, a través de la interpretación evolutiva, dotar de contenido los derechos ya existentes sin que se requiera la creación de un “derecho al cuidado”

Para poder ahondar en el concepto de interpretación evolutiva en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario acudir al artículo 29 de la CADH, que establece lo siguiente:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”⁹⁸.

De conformidad con esta H. Corte, esta disposición funge como el fundamento para la aplicación de la interpretación evolutiva que, en sus términos, se trata de lo siguiente: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”⁹⁹. Así, de acuerdo con la Corte IDH, a la luz del artículo 29 de la CADH, las disposiciones del texto convencional se pueden interpretar de conformidad con el contexto actual y el cambio del tiempo¹⁰⁰. De ahí que, en la práctica, la Corte ha utilizado esta herramienta hermenéutica para, por ejemplo, determinar que la libertad de circulación implica el derecho a no ser desplazado forzadamente.¹⁰¹

⁹⁸ CADH. Artículo 29.

⁹⁹ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 154 y 155.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 207. Corte IDH. Caso ChitayNech y otros vs. Guatemala, párr. 139. Cfr.. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 207. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, párr. 139

